286

14

IHS

POR MATIAS MARTINEZ, CLERIGO DE CORONA, vezino desta ciudad de Granada.

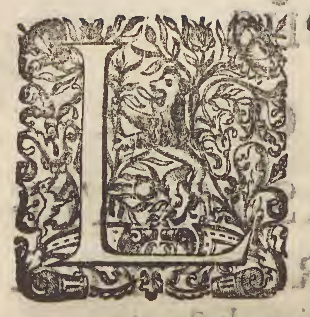
(*) EN EL PLEYTO. (*)

CON EL MAESTRO D. Francisco Gonçalez de Aradillas, Presbytero, vezino della.

SOBRE LA CAPELLANIA que fundaron Cebrian Moreno, y Barbara Gonçalez su muger, vezinos que fueron desta dicha ciudad.

En Granada. En la Imprenta Real. Por Baltasar de Bolibar, y Francisco Sanchez, a la entrada de la calle de Elvira, en la Callejuela del Correo viejo. Año de 1651.

14



OS REFERIDOS, por el año passado de 1637. juntos en vna misma carta, otorgaron su testamento, y auiendo en el ordenado su funeral y entierro, y hecho algunas mandas pias, y legados, dizen: que es su voluntad que del residuo de sus bienes, hasta en cãtidad de 1U. ducados, se funde vna Capellania, y desde luego la fundan, y quieren se sirva en la parroquia de señor San Ildefonso, donde dizen se han de enterrar, y señalan bienes para ella. Nombran por patron para despues de sus dias a el Abad que es, ó fuere de el Santo Monte de Valparaiso, y a el Licenciado Alonso Gonçalez de Aradillas, Canonigo en su Iglesia Colegial, y faltando el susodicho, quede el dicho Abad por patrõ. Y reseruã el primero nombramiento de Capellan para si los fundadores, y para el que de ambos quedare viuo, y dizen Que si de su generacion al tiempo de la vacante desta Capellania huuiere algun mãcebo virtuoso que estè en edad de ordenarse de Orden Sacro dẽtro de vn año sea *preferido, y se le dé la dicha Capellania para que se ordene a titulo della*. Disponen adonde, y en que dias se han de dezir las Missas, y señalan dos cada semana, de que encargan a el Capellan: y en caso de diminuirse la renta disponen, que se digan las que alcançaren a razon de a quatro reales. nombran albaceas, y se instituyen por herederos vniuersales, para que el que quedare viuo lo sea vsufrutuario, y falleciendo dexe por heredera su alma, para que cumplidas las mandas, y legados, y Capellania, el remanẽte se diga de Missas por sus almas, y de sus difuntos.

2 ¶ Muriò primero el dicho Cebriã Moreno, y la dicha Barbara Gõçalez su muger, en 4. de Enero de 1641. haze (por escritura que otor-

gó

gò ante Manuel de Aguilar escriuano Real) vna declaracion y fundacion de Capellania, adonde, haziendo relacion de el testamento referido que ella y dicho su marido otorgaron ante Christoual Lopez de Coca, escriuano Real, y insertandole a la letra, aprueua la dicha Capellania, y en caso necessario la buelve a fundar, y buelve a nombrar a el Abad y Cabildo del Sacro Monte por patronos, y les dá poder bastante para que vsen como patronos. Y dize, que por quanto en la fundacion que hizieron reservaron el nombrar Capellan, ó Capellanes, vsando de la facultad, nombra por primero Capellan a Martin de Chinchilla, hijo de Frãcisco de Chinchilla, y de Agustina Gõçalez, vezinos desta ciudad. Y vsando dela misma facultad, nombra en segundo lugar, y en primero, no siendo de Missa el dicho Martin de Chinchilla, a Frãcisco Rodriguez de Aradillas, Colegial del Sacro Monte, sobrino del Canonigo Alonso Gonçalez de Aradillas. Y en tercero lugar nõbrò por Capellan a Iuã Fernãdez, niño de diez años, hijo legitimo de Pedro Fernãdez, y de Ysabel de Siles, su sobrino, y q̃ sino estudiasse, ò muriesse antes que tuuiesse edad para ser Capellan, en su lugar nombra a Gaspar de Molina, hijo de Gaspar Andres, y de Catalina de Cardenas; y en quanto a los demas nombramientos quiere que se entienda que han de ser preferidos, y primero los pariẽtes del dicho Cebrian Moreno su marido, y luego los suyos, en la forma que se contiene en la fundacion que ambos hizieron: y buelve a asignar los mismos bienes que en el testamento y fundacion asignaron, y los graua, y hipoteca, y dize, que si no llegaré a los 1 ɋ. ducados de principal, se supla lo que faltare de el residuo de sus bienes. Y luego dize, que los demas nombramientos ha de hazer el Abad y Cabildo del dicho Sacro Monte: *Que siendo necessario, y a mayor abundamiento, desde luego hago gracia, y donacion, buena, pura, perfecta, irreuocable, de las que el derecho llama entre viuos, y hago los bienes de seglares legos* (aunque

lo dize afsi, bien fe reconoce que fue equiuocació) *y los dono a la dicha Capellania*, y fe obliga de guardarlo afsi con obligacion de perfona y bienes, &c. Y con declaracion, que la Capellania no fe há de empeçar a fervir hafta que ella aya fallecido, porque tiene de fer vfufructuaria de todos los bienes hafta fu muerte.

3 ¶ Defpues de todo lo referido, la dicha Barbara Gonçalez, en 7. de Agofto de 1650. hizo vn codicilo, en que dexando el teftamento otorgado por ella y fu marido en fu fuerça y vigor, y reuoca los nombramientos de Capellanes que hafta entonces huuiere fecho, y los dà por ningunos, y dize, que quiere y es fu volũtad que fea primero Capellan de la dicha Capellania Matias Martinez fu fobrino, que de prefente eftá eftudiando, hijo de Lorenço Martinez, y Catalina Muñoz, y que el fufodicho mande dezir las Miffas, y goze de la rẽta de la Capellania, para ayuda fus eftudios: defpues del fufodicho llama a Pablos de Burgos, hijo de Martin de Burgos fu fobrino, y haze algunas mandas, y nombra otros albaceas, y debaxo de efta difpoficion murió.

4 ¶ En veynte y feys de Enero de efte año, prefentando el teftimonio referido, y efcritura de declaracion, y nombramiẽto de Capellanes, otorgada por la dicha Barbara Gonçalez, falió ante V. m. el dicho Maeftro don Francifco Gonçalez de Aradillas, diziendo, que Cebrian Moreno, y Barbara Gonçalez auian fundado vna Capellania de fus bienes, y le nombraron por Capellan de ella, y afsimifmo a otros, y que en el concurrian las calidades de la fundacion, y no en otro alguno, que fe le hizieffe colacion y Canonica inftitució de ella, erigiendo los bienes de temporales en efpirituales, de que V. m. mandò dar traslado al Fifcal, y editos con nueue dias.

5 ¶ En feys de Febrero de efte dicho año faliò el dicho Matias Martinez (a quien defiendo) prefentando el codicilo, y pidiendo, que a el fe le

auia

auia de hazer la colacion de dicha Capellania, por estar reuocado el nombramiento del dicho Maestro Aradillas, y estar el nombrado en primero lugar como sobrino de la fundadora, y concurrir en el las calidades para obtener dicha Capellania.

6 ¶ Dióse traslado al dicho Maestro Aradillas, el qual pretendió, que sin embargo de la cõtradicion hecha por esta parte se le auia de hazer la colacion, porque el tenia nombramiento de la fundadora, despues de el que auia hecho en Martin de Chinchilla, sobrino de la susodicha; que por auer tomado estado el tal nombrado auia llegado el caso de su nombramiento, y que auiendo sido este en escritura publica, no le auia podido reuocar, y tanto mas estando acetada por el Abad y Cabildo del Sacro Monte, y que el tambien fue comprehendido en esta acetacion; porque a el tiempo de ella se hallaua Colegial del dicho Sacro Monte, y que despues se lo agradeciò a la dicha Barbara Gonçalez; y que la susodicha y su marido fundaron la Capellania de bienes comunes, y que ambos se resolvieron a fundarla, y a nombrarle a el; y que esta parte no es capaz de obtener la Capellania, por faltarle los requisitos necessarios de derecho, con que no le puede hazer contradicion.

7 ¶ Presentò con esta peticion vna escritura otorgada ante el dicho Manuel de Aguilar, escriuano Real, por el Abad, y algunos Canonigos de el Sacro Monte, en diez y seys de Setiembre de 1642. por lo qual dizen, que Barbara Gonçalez, viuda de Cebrian Moreno, otorgò escritura de fundacion de Capellania, nombrando al dicho Cabildo por patron de ella, y hizo algunos nombramiẽtos de Capellanes en esta ciudad en quatro del mes de Enero de 1641. ante el presente escriuano, y que auiendola leydo y entendido la acetacion, y el nombramiento fecho en aquel Cabildo de tal patrono, y se obligaron a administrarlo como administran los bienes de las memorias y Capellanias de que son patronos, y que en todo harán se

 cumpla

cumpla la voluntad del dicho Cebrian Moreno, y dicha Barbara Gonçalez, y se obligan en forma al cumplimiento de ella.

8 ¶ Auiendose dado traslado a esta parte replicó diziendo, que se le auia de hazer a el la colacion de esta Capellania, porque tenia nombramiento especifico de la fundadora, que le hizo en virtud de la reserva que la susodicha y el dicho su marido hizieron en el testamēto en que la fundaron: que el Maestro Aradillas no tiene nombramiento, porque le reuocó en el codicilo, y en el nombró a esta parte como a sobrino, que pudo hazer esta reuocacion, sin embargo que se hiziesse en contracto publico: y que no era de consideraciō que el Abad y Cabildo del Sacro Monte huuiessen acetado el patronato, porque en esta acetacion no se comprehendiò la acetacion de la Capellania, ni importaua que a esto siempre se hallasse Colegial el Maestro Aradillas, y que pudiera la fundadora variar el nombramiento, aun quando estuuiera acetado, y tanto mas siendo pariente esta parte, a los quales los fundadores desde su principio tuuieron particular afecto, y otras razons, y puesto el titulo de Corona.

9 ¶ Concluyó la parte del Maestro Aradillas, y se recibiò a prueua, y ambas partes las hizieron.

10 ¶ El Maestro intenta prouar, que al tiempo que el Cabildo del Sacro Monte acetó el patronato se hallò presente: que alli acetò el nombramiento de Capellan, de que se alegró, y recibió parabienes, sin embargo que auia otro nombrado primero, porque se creyò este no estudiaria, y q̄ despues cōtinuó la amistad que auia tenido el y el dicho Canonigo su tio con la Barbara Gonçalez, y que muriò el primero nombrado, que era Martin de Chinchilla, y que esta parte es muy muchacho, y comiença a estudiar.

11 ¶ Esta parte hizo tambien su prouāça, en que prouò su parentesco con la fundadora,

ser

ser su sobrino, hijo de vna sobrina suya, que por tal le nombrò, criò, y alimentò, que en virtud de la reserva le nombró por primero Capellan en el codicilo, como del, y de el testamento consta, que es de edad de 16. años, poco mas, ò menos, virtuoso, y que prosigue sus estudios. Con que esto concluso, para que vuessa merced le determine, y para que sea en fauor desta parte, los fundamentos de derecho en que conste su justicia, ajustados con el verdadero hecho, que largamente (porque conviene asi) se han referido, son los siguientes.

12 ¶ Atendiẽdo lo primero, que vamos conformes en este hecho en quanto mira a las disposiciones de los fundadores, que constan de los instrumentos presentados, solo se engañan con euidencia los testigos del Maestro Aradillas en dezir en la segunda pregunta de su interrogatorio, q̃ la Capellania la fundaron Cebrian Moreno y Barbara Gonçalez por escritura que hizieron, y que en ella llamaron en primero lugar al dicho Martin de Chinchilla, y despues de el al Maestro, porque la Capellania se fundó en testamento, y en el no huuo llamamiento de Capellan, si no reserva, para que le nombrasse el que de los testadores sobreuiesse, y asi se conoce con quanto afecto dizen los q̃ deponẽ por el Maestro, diziẽdo, q̃ fue en escritura, y que ambos le llamaron, y que se hallaron presentes a la escritura: y mas los que se adelantã a dezir (por encarecer los agradecimientos de el Maestro) que se lleuò a su casa estando enferma a Barbara Gonçalez, cosa que ni tal passò, ni el Maestro lo alega, ni articula.

13 ¶ Esto supuesto, toda la defensa de el dicho Maestro Aradillas consiste en dezir, que Barbara Gonçalez le nombró por Capellan despues de Martin de Chinchilla en la escritura que otorgó en 4. de Enero de 1641. y que siendo esta donaciõ inter viuos, que el acetò, quedò irreuocable, vt probatur à contrario sensu, in l. hóc iure, §. non

potest,

potest, & l. absenti, in princip. ff. de donat. l. si ego, ff. de negot. gest. l. 4. tit. 4. part. 5. Dom. Molina de Hisp. primog. lib. 4. cap. 2. num. 58. de adonde nace, que aunque la donacion puede consistir sine traditione, ex l. si quis argentum, §. vltimo, C. de donat. §. aliç, vers. *Proficiscuntur*. Inst. eodem; no empero si no acetacion, vt Cicero in Topicis scriptum reliquit, vers *Quo in genero*, & copiose Alciatus cons. 14. num. 23. & per totum. lib. 8.

14 ¶ Y q̄ es cierto que la acetò, y pretéde prouar esta acetacion por muchos medios. El primero, por la expressa acetacion que hizo quando el Cabildo del Sacro Monte acetò el patronato, en que tambien el, como cuerpo de aquella Comunidad, entrò a la parte de la acetacion, demas de q̄ aquel dia recibiò muchos parabienes de los compañeros, y de los que se hallaron presentes, como lo deponen los testigos de su prouança, que tambien deponé como despues se lo agradeció a la donante, y que esto es bastante, porque con expressa acetacion nadie ha dudado que lo haga irreuocable la donacion, ex iuribus nuper relatis.

15 ¶ El segundo medio con que prueua la acetacion es, con la noticia que de su nombramiento tuuo, con que interuino tacita acetacion, ó ratificacion, que es bastãte, y que esta se prueua, non solum per verba, & facta, sed etiam per signa, coniecturas, & adminicula, etiam per solam scientiam cum taciturnitate, ex quo actus affert vtilitatem, vt cum Aretino, Cephalo, Couarr. Rolando, Decio, Menoch. Crauet. Riminald. & Bursato, probat Surdus decis. 206. num. fin. & post eum plures alios referens suus Additionator Ioan Baptista Hodierna decis. 111. num. 11. vbi plures decisiones Rotæ affert. Y a el mismo Surd. decis. 221. que dize, que *scientia probatur etiam per vnum testem, per cōiunctionem sanguinis, per vicioritatem, & per alias coniecturas*. Y a Mastrillo decis. 211. num. 10. & seqq. dicens: *Quamlibet scientiam præsumptam sufficere ad hoc,*

vt

vt dicatur acceptata donatio. Y a Costa de facti scient. & ignorantia, en q̃ no cita la distinció, y que tuuiesse su ciencia y noticia, lo prueua con los testigos que dizen lo que passò en el Monte Santo al tiempo de la acetacion de el Cabildo, y despues en los agradecimientos que le hizo a Barbara Gonçalez, y los regalos, por auerle hecho el nombramiento, que aun desde Toledo le embió.

16 ¶ El tercero medio es dezir, que auiédo hecho la dicha Barbara Gonçalez en la escritura publica nõbramiento al dicho Martin de Chinchilla su sobrino, y a el dicho Maestro Aradillas, bastó la acetacion de el vno, ex eo quod si donatio facta est duobus absentibus sufficit vnius acceptatio, adhùc, vt alteri condonatario proficiat, & non sit locus pœnitentię, ex l. quoties de donat. quę sub modo, & cum Seraphino, Gonçalez, & Gratiano, Hodierna, ad Surdum, dict. decis. 111. num. 13. y que es cierto que acetò el dicho Martin de Chinchilla, pues no pudo ignorar la donacion como sobrino, y que cohabitaua con la donãte su tia, vt ex Surdo dict. decis. num. 13. y en estos terminos Roland. Aualle cons. 19. num. 54. lib. 1. que concluye en el num. 39. tratando de vna donacion que se pretendiò, reuocada per secundam acceptatam, por no estarlo la primera, his verbis: *Ergo multo fortius dicendũ venit in casu nostro, quod ipse donatarius sciuerit, cũ ipse tẽpore donationis morum traheret, & communiter viueret, in eadem domo cum donante, &c.*

17 ¶ Estos son los fundamentos con q̃ el Maestro Aradillas pretende quę se ha de sustentar su nombramiento, por auer quedado irreuocable, y assi no obstarle el nombramiento posterior hecho a esta parte en el codicilo.

18 ¶ Pero sin embargo este vltimo nõbramiento de Capellan es valido, y por el quedò reuocado el primero, lo qual intento prouar con euidencia respondiendo a los fundamentos contrarios, y assi digo.

19 ¶ Lo primero, que quando el nõbramiento hecho en el Maestro se huuiesse de considerar como donacion inter viuos (que verdaderamente no lo es, vt inferius probauimus) adhùc, esta quedó reuocada por el nombramiento que la fundadora hizo (en el codicilo) de esta parte que defiendio.

20 ¶ Para lo qual se ha de suponer por cierto, y por conclusion textual, que la donacion hecha a el ausente, no vale, ex textu in l. absenti, ff. de donat. pulchrè Cuiacius obseruat. lib. 12. cap. 28. text. elegans (que habla en colacion de Beneficios) in cap. si tibi absenti, de Præbend. lib. 6. quã conclusionem probant communiter DD. vt videre est apud Dom. Lud. Molinam de primogenijs, lib. 4. cap. 2. à num. 58. cum seqq. adonde prueua, que procede etiam extante l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop. con muchos fundamentos, desde el num. 60. eandem conclusionem probat Thesaur. decis. 70. num. 1. los quales refieren a muchos.

21 ¶ Tambien se ha de suponèr por cierto, por ser opinion mas comun, y que como dize Alberico (a quien refiere Tiraquell. de constit. possess. part. 3. lim. 30. num. 23.) todo el mundo la obserua; y Bertrand. cons. 156. lib. 1. ab hac practica non esse iudicãdo, & consulendo recedendum, que vale la estipulacion de el Notario por el ausente, empero que esta estipulació solo le dá adquisicion reuocabiliter, conforme a la mas comũ y seguida opinion que prueua el señor Molina latamente dict. cap. 2. á num. 67. y Thesaur. dict. decis. 70. num. 3. & num. 5. quem refert & sequitur Hodierna ad dict. decis. Surd. 111. num. 2. & ad decis. 206. que es dezir, que la estipulacion del Notario pro absènti, nihil aliud operatur, nisi vt absenti adquiratur simplex actio vtilis, mientras no reuocare el donante la donació, enagenando la cosa donada, ò donandola a otro, porque ya, si despues desto se hiziera la acetacion, nada obrara, cũ res iam integra non esset, quod optimè explicat D. Molina

29 i

Molina vbi proxime num. 71. verſ. *Vtcumque autē*, y Theſaur. dict. num. 5. y Hodierna dict. deciſ. 206.

22 ¶ Eſto ſupueſto pro conſtanti en el derecho, de la miſma manera ſe ha de ſuponer en el hecho que en la eſcritura publica, de que el Maeſtro Aradillas ſe vale, como de donacion en que eſtà ſu nombramiento, palabra alguna no ay de que el eſcriuano por el acetaſſe la donacion de eſte ſu nombramiento, como ſe puede ver en ella, y aſsi le falta eſta calidad de eſtipulacion de el Notario.

23 ¶ His ſic ſuppoſitis, conſiderado eſte nombramiento de el Maeſtro como donacion, no auiendoſele hecho eſtando el preſente, neque per epiſtolam, vel nuntium, a quien ſe aya dado la acetacion, es de ningun valor, y no ſe puede aprouechar de ella, porque es de eſſencia de la donaciō, y lo pone por regla Bartulo in ſæpé repetita l. abſenti, in principio, ff. de donat. que ſe aya de hazer en preſencia, aut per nuntiū, aut epiſtolam, dixolo todo Marta conſ. 9. num. 19. que aunque me dilate no puedo dexar de poner ſus palabras: *Sed iſtis non obſtantibus contrarium eſt de iure verius, quia ad validetatē donationis requiritur, vt fiat, vel præſenti, vel acceptanti, vt per epiſtolam, vel nuntium, vt regulam ponit Bart. in l. abſenti, in printipio, ff. de donat. & quando fieret abſenti epiſtola, vel nuntius, debet mitti per ipſum donantem, Paul. de Caſtro in dict. l. abſenti, num. 2. verſ. Niſi perveniat mediante epiſtola, vel nuntio donantis, ergo ad validitatem donantionis requiritur, quod eidem epiſtolæ, vel nuntio donatarius acceptationem dederit, vel negationem. Hæc ſunt adeò de donationis eſſentia, vt Bartul. in dict. l. abſenti, in principio, poſt gloſam in l. ex conſenſu, ff. de action. & obligat. dicant: Qod ſi dono Titio abſenti, & ille auditis meis verbis donationis dixerit, ego accepto, quod non erit perfecta donatio, quam opinionē ſequuti ſunt etiam Angelus Aretinus in §. actionum autē, num. 11. verſ. Quid autem. Inſt. de actionibus, Natta conſ. 94. num. 5. Nam præſentia donatarij adeò eſt neceſſaria,*

vbi

vbi nuntius, vel epistola, non interveniat, vt non sufficiat donatarium audiuisse verba à donãte, vbi extra eius præsẽtiam fuisset constitutus, &c. y Mantica citando el mismo lugar de Bartulo lo dixo de tacit. & ambigu. convent. lib. 13. tit. 6. num. 18. y esto lo califica nuestra ley de Partida, que es la 4. tit. 4. part. 5. ibi: *La tercera, quando son presentes en el lugar, el que dá, y el que recibe la donacion. La quarta, quando aquel que quiere hazer la donacion es en otra tierra, ca entonces no la puede hazer, si no por carta, ò por mensajero.*

24 ¶ Luego poco importa, que prueue el Maestro Aradillas, que supo la donacion quando estaua en el Monte, y que la acetò, y que recibiò parabienes, pues faltò la presencia (como es constante, y sin controuersia, y esta no se presume, nisi realiter, & verè probetur, vt ex multis probant Additionator. Dom. Molin. dict. cap. 2. lib. 4. in Additionat. ad num. 76.) y assimismo, el nuncio, y la epistola, con quien embiar la respuesta de la acetacion, que es necessario y essencial ex dictis para la validacion de la donacion.

25 ¶ Pero a esto replicará el Maestro Aradillas, que todo esto se limita quando intervino tacita ratificacion, vt probant DD. quos retulimus supra num. & cum Couarru. Mantica, Rota diuersorum, Thesaur. Seraphino, Gratian. & alijs, Hodierna dicta decis. 111. num. 11. y que la ratificò non solum dictis, sed etiam factis, como lo tiene prouado, y demas desto, con el otro medio de auer acetado el condonatario, que fue Martin de Chinchilla, ex dictis supra num.

26 ¶ Sed his non obstantibus, y que esta opinion sea la mas comun, adhúc, en nuestro caso son de ninguna consideracion estos tacitos consentimiẽtos, y presuntas acetaciones, y ratificaciones, porque no ay sobre què caygan, ni se sostengan, por auer faltado la acetacion del Notario, ó escriuano, y estipulacion por el ausente, vt patet ex ipsa scriptùra, adonde nec verbum vllum de estipulacion, ni acetaciõ, y faltando esto nada importan

portan la tacitas ratificaciones, ni presuntas acetaciones, eleganter Marta dict. cons. 9. num. 21. adonde auiendo dado vn poder para tomar possession de los bienes que le auian donado estando ausente, con el qual poder bastantemente se prouaua la ciencia de la donacion, pues se daua para tomar possessión de los bienes donados, dize estas formales palabras: *Secundò, quia instrumentū mandati ad capiēdā possessionē, licet præsupponat sciētiā donationis factæ mandanti, ea non sufficit ad acceptationem, quia nemo pro ipsa donataria absente fuerat stipulatus, nam DD. qui dicunt solam scientiam, sufficere præsupponunt fuisse aliquem pro absentè stipulatum, Socin. cons. 67. num. 11. volum. 3. Cephalo cons. 33. num. 19. Ioseph. Ludouis. in decis. Perusina 29. num. 9. Surd. decis. 111. num. 5. Fateor enim hoc casu quamlibet animi declarationem sufficere, sed nullo interveniente stipulatore, formalem acceptationem requiri, probat Surd. in dict. decis. Est autem formalis acceptatio, vel in præsentia donatariæ, vel si per epistolam, aut nuntium, donatio facta fuerit, & hæc est huius negotij veritas, si iustis iurisprudentiæ principijs uti volumus.* Luego faltando aqui la estipulacion y acetacion del Notario, como verdaderamente falta, nada obran las tacitas y presuntas ratificaciones, ni acetaciones, y assi pudo muy bien la donante variar los nombramientos.

27 ¶ Y aunque con esto queda respondido a el otro medio de auer acetado el condonatario, pues tampoco consta que se hallasse presente a la donacion, ni por el estipulo el escriuano, ni acetó, adhùc, tiene otra respuesta mas concluyente.

28 ¶ Y es, que caso que el condonatario huuiera acetado formalmēte la acetacion, solo fuera por si, sin que le pudiera aprouechar al Maestro Atadillas, porque el nombramiento de Capellanes no se hizo coiunctiui, si no separadamente, primero al vno, y despues al otro, con que cada vno solo podria acetar su nombramiento, ò donacion, sin que fuesse parte para acetar la del otro:

aliás dieramos, que sin acto del que no acetò quedara obligado (por quien no fue parte, ni tuuo mãdato) a las cargas que podrian ser tan grandes que no le estuuiesse bien la acetacion.

29 ¶ Y aunque se podia dezir, que basta en los mayorazgos que acete el primero, para q̃ en todos los llamados quede irreuocable, como lo insinua el señor Molina dict. cap. 2. num. 58. lib. 4. esto es, para que el mayorazgo quede para todos irreuocable, y constituydo, de manera, que el fundador no le pueda reuocar, como en nuestro caso el patronato y la Capellania en comun con la acetacion que hizo el Abad y Canonigos del Sacro Monte; pero no en los llamamientos particulares, porque aliás dieramos vn inconueniente grauissimo, que fuera (lo que queda referido) de que por fuerça, aunque fuerã grauosas las cargas, auia de acetar el llamado, particulariter al mayorazgo, ò a la Capellania, quandoquidem ferendum non est, ni lo hà dicho nadie.

30 ¶ Tiene menos fundamento el dezir, que el Maestro Aradillas acetò la donacion expressamente, porque quando el Monte acetò la de el patronato, era el Colegial actual en el, y assi como parte de aquel cuerpo tambien acetò. Lo vno, porque bien claro se conoce que no hazen cuerpo, ni son parte del Cabildo del Sacro Monte los Colegiales, ni lo querrán confessar el Abad y Canonigos, porque de aquella Iglesia Colegial es muy distinto el Colegio, como lo es el de los Abades de el Cabildo de la Santa Iglesia Metropolitana de esta ciudad, aũque estos estẽ destinados como los otros al seruicio de la Iglesia. Y lo otro, porque el Abad y Cabildo del Sacro Monte en la acetacion que hizo solo acetò el patronato y la Capellania que los fundadores fundan en la Iglesia de san Ildefonso, *y se obligan a administrarla segun y como administran los bienes de las demas Capellanias y memorias de que son patronos a ley de buenos administradores, &c.* sin que aya en esta acetacion palabra que mire particulariter

al

al nombramiento de el dicho Maestro Aradillas, conque por ningun caso se dà expressa acetaciō del susodicho desta Capellania, ni las acetaciones tacitas pueden obrar quando no ay estipulacion del Notario, ex dictis. Luego considerado el nombramiento como donacion, pudo la testadora y fundadora variar el nombramiento, quedando como quedó fijo el patronato, y fundada la Capellania.

31 ¶ Pero para que nó quede escrupolo a la determinacion en fauor de esta parte, por quien escriuo, se advierte, que el llamamiento que hizo la fundadora desta Capellania no se puede dezir que es donacion, ni Autor alguno que en esta materia escriua lo llame assi, si no eleccion, la qual voz prout est annaloga summitur large & stricte, & quidem large sumpto vocabulo significat nominationem, la qual *est electio quædam, siue euocatio de persona magis idonea*, vt probat textus in l. 2. § si eo tempore, ff. de administr. rei. ad ciuit. pert. de adonde dezimos, *nominari Magistratum*, vt in l. Imperator 11. ad municipal. iuncta l. quid ergo, ibi: *Qui non idoneum nominauit*, & in l. 1. C. de Magistr. municipal. ibi. *Decuriones ad Magistratum, vel exactionem annonarum, ante tres menses, vel amplius nominari debent*, & in l. 7. C. de appellat. ibi: *Consensu suo nominationem confirmat*, probat etiam text. in l. nominationes 27 eodem tit. y el que nombra a alguno, aut nuncupat ad aliquod officiū, ipse in subsidium tenetur, & nominator vocatur, l. 1. ff. de Magistrat. conuen. l. 1. §. solent, ff. quādo appellat. sit, & l. 2. & l. nominationem, C. de Decurionibus, lib. 10. & in Rubric. C. de potioribus ad mun. nominand & in Rubr. C. de pericul. nominat. y en otras muchas significaciones, como nominare pro laudare Authorem, vt in l. 2. C. vbi in rem actio, y otras que junta Rebuffo in tract. de nominat. in principio, quęst. 1.

32 ¶ Stricte summitur pro actu legitimo Ecclesię, quo in eius vel prælaturam, vel consortium

sortium idonea persona destinatur, vt colligitur ex c.1.de elect.& est ex menteGofr.a quien refiere Gregor. Tholos.sintagm.iur.lib.17.cap.12.nu. 18. el qual en esta significacion difine assi la eleccion: *Electio est alicuius personæ idoneæ ad dignitatem, vel societatem, sodalitium vé sacrum Canonice, & servata forma facta vocatio.* Y luego dize, que la eleccion comprehende, y abraça, *postulationem, & nominationem*, y mas impropia y latamente la *collacion*, y algunas vezes la *presentacion*, quod probat ex Federic. de Senis cons. 70. colun. fin. Roch. tract. de iure patr.colun.6.y de el capitulo cum Ecclesia vulterana, de electione.

33 ¶ Demanera, que segun lo referido vendremos a estar en los terminos de este segundo miembro de la distincion de nominacion, pues el que nombra persona a la Capellania (que es Beneficio Eclesiastico) haze eleccion de persona idonea, ad dignitatem societatem, vel ad sacrum sodalitium: pero ninguno dirà, que le haze donació de la dignidad, prelatura, ó Capellania, aunque en eligir a este, y no a aquel, exerça naturalmente actum liberalitatis, vt acute considerat Dom. Molina de primogenijs, lib. 2. cap. 4. à num. 10. cum seqq. que en el num. 13. hablò en nuestros mismos terminos, diziendo: *Quod comprobatur in simili, ex eo, quod de prælato beneficia conferente dici solet. Quamuis enim is in conferendo beneficia liberalitatem non exerceat: cum ad id necessario teneatur: in conferendo autem beneficium vni, seu alteri maximam liberalitatẽ exercet, quod sic resoluit glos. in cap. relatum, verb. liberaliter, de præbendis, &c.* Luego no se podrà regular por los terminos y reglas de la donacion, si no de la eleccion, ò nombramiento.

34 ¶ Regulandose, pues, por los terminos de nominacion y eleccion a la Capellania, ò Beneficio, veamos que puede resultar de esto, y que dispone el derecho, y dizen los Doctores.

35 ¶ Y para q̃ se conozca la verdad es necessario suponer con breuedad (porque la materia es latissima, de que se han escrito enteros tratados)

dos) q̃ue entre otras diferencias que se consideran en las nominaciones, ó elecciones, es vna, si la facultad de nombrar, ó elegir está conferida in tempus mortis, ó se puede hazer en el tiempo de la vida, para que desde luego obre sus efectos, y el elegido, ó nombrado entre desde luego gozando de el mayorazgo, prebenda, ò Capellania: de que nace la question que tratan los DD. si el que tiene esta facultad nominandi, & eligẽdi, auiendo vna vez elegido, podrà variar, que son los proprios terminos de nuestro pleyto, y de donde V.m. precisamente ha de tomar la determinacion difinitiua.

36 ¶ Y la verdadera resolucion es, que si la eleccion está conferida ad tempus mortis absoluté, tùnc el que tiene facultad de elegir puede variar la eleccion hasta su muerte quantas vezes quisiere, aora se aya hecho esta nominacion, ò eleccion en contracto entre viuos, ó en testamento, ò codicilo: pero si facultas simpliciter concessa sit, tiene otra subdistincion, que es, si esta nominacion se hizo en contracto illico, valida est, y no se puede variar, si vero in testamento, aut in alia vltima voluntate, se podrà variar vsque ad vltimũ vitę spiritum, por ser esta voluntad de ambulatoria: todo lo dixo el señor Molina grãdemente dict. cap. 4. à num. 22. cum pluribus seqq. adonde trató esta materia exactamente, y es lugar que no le puede dexar de ver para esta determinacion.

37 ¶ Esto supuesto, quien duda que el nombramiento desta Capellania, segun la disposicion de los fundadores, quedò en el q̃ sobreuiuiesse, el qual la auia de fundar para despues de los dias de su vida, y assi aunque hiziesse la fundadora en su vida quantos nombramientos de Capellanes quisiesse, ò en contracto, ò en testamento, los podria reuocar, y solo quedaria valido el vltimo que con su muerte se confirmasse: aqui entran las palabras de el señor Molina en el primer miembro de la distincion, que es, quando la facultad de nõ-

brar collata est in tempus mortis, que in num. 23. sic inquit: *Sed hæc quæstio, quæ frequens, & assidua est, distinctione resoluenda erit. Nam, aut eligendi facultas, in tempus mortis collata est, aut simpliciter relicta, ita vt, siue in vita, siue in morte, quis eligere possit. Si eligendi facultas ad tempus mortis restricta sit, veluti si dictum fuerit, quod elector tempore mortis, vel cum morietur, quem voluerit, ex familia eligat, dicendum erit eligentem in vita posse, vsque ad mortem semel, atque etiam pluries variare: etiam si electio ipsa per viam donationis inter viuos, seu per alium quemcumque contractum facta sit*; lo qual prueua el señor Molina por la razó de el texto en la ley *cum pater, §. á filia, ff. de legatis 2.* y de la ley *vnum ex familia*, eiusdem tituli, que corre con mayor razó en el caso de este pleyto, adonde los fundadores de esta Capellania tuuieron expressa voluntad de que sucediesse en ella pariente, como le huuiesse suyo, vt patet ex ipsa fundatione: y si el nombramiento se consumiera con hazerle en vida, y no se pudiere variar, se le hiziera notable agrabio al pariente, que al tiempo de la muerte podia estar apto para seruir la Capellania, como lo está oy Matias Martinez, nombrado en el codicilo de la dicha fundadora: y assi prosigue el señor Molina diziendo, en el mismo numero: *Cum enim elector ipse inter eos, qui tempore mortis extiterint, vnum eligere teneatur: consequens est, vt electio ante id tempus facta inualida, & inefficax sit: nisi morte eligentis confirmetur posset, namque ex huius electionis, præuentione his, qui tempore mortis extiterint, præiudicari, quod iure permissum non est: idque probat text. qui sic est intelligendus in d. § á filia, ibi: Vt cui velet ex liberis suis prædia, cum moreretur restituere, & in dict. l. vnũ ex familia, in princip. ibi: Propter fideicommissum á se relictum cum mereretur, &c.* Y prueuan esta opinion comunmente todos los DD. que refieren sus Adicionadores dict. cap. 4. in addition. á num. 22. vsque ad 25. Y en materia de nominacion es excelẽte el lugar de Caldas Pereyra de iure emphitheutico, part. 3. tit. de nominandi, seu eligendi ad emphiteusim potestate, & electionis reuocatione, cap. 2. num. 22.

Luego

38 ¶ Luego queda sin duda, que siendo la facultad de nombrar Capellan que tuuo la dicha Barbara Gonçalez para la Capellania que se auia de fundar despues de sus dias, pudo variar en los nombramientos, sin embargo que los huuisse en contracto entre viuos, con que auiendo sido el vltimo que nombrò en su codicilo al dicho Matias Martinez su sobrino, quedò con la muerte de la susodicha firme, y valido, y reuocado el que por contracto entre viuos hizo en el Maestro don Frãcisco Gonçalez de Aradillas.

39 ¶ Y asi, si cõsiderandose como donacion (que verdaderamente no lo es) esta por no acetada se pudo reuocar, sin que pudiessen obrar las tacitas acetaciones, por no auer Notario estipulante, ni acetante por el ausente, ni el otro llamado a la Capellania poderle dar derecho, por no ser condonatario, aun quando constara que auia expressamente acetado, que tal no consta, ni auerse acetado por el Abad y Cabildo del Sacro Monte, si no solo el patronato, y no la Capellania, ni ser el Maestro Aradillas parte de aquel Cabildo. Y si siendo (como verdaderamente lo es) eleccion, ò nominacion collata in tempus mortis, y esta poderse variar hasta ella por quien tiene la facultad de nombrar, siendo vltimo nombramiento el de el dicho Matias Martinez, y este, como en pariente que fue, lo que ambos fundadores desearon, y dispusieron, prefiriendo los parientes expressamente, ninguna duda puede quedar para que se le dè al susodicho esta Capellania, y asi lo esperamos. Salva in omnibus T. D. C.

Licenciado Ramon de Morales.